

CONCEPTO ICBF No 017

Fecha: 20/07/08

Asunto: Respuesta – “*SOLICITUD DE CONCEPTO LIQUIDACIÓN DE PRIMA DE SERVICIOS*”

Respetado xxxxxxxx,

De manera atenta nos permitimos ofrecer una respuesta a la solicitud de concepto relacionada con la forma del primer pago de la prima de servicios del mes de junio, en el marco de los contratos de aporte celebrados por el ICBF para la prestación de los servicios de primera infancia en atención a lo previsto en el artículo 1 del Decreto 771 de 2020 del 3 de junio de 2020 «*Por el cual se dispone una medida para garantizar el acceso a servicios de conectividad en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional*», que dispone que el empleador deberá realizar un cambio en la destinación del auxilio de transporte como auxilio de conectividad digital a aquellos trabajadores que se encuentran desarrollando su actividad laboral en su domicilio a causa de la emergencia sanitaria por el virus SARS-CoV-2.

1. SOLICITUD DE CONCEPTO

Previo a analizar el asunto objeto de consulta, cabe anotar que el presente concepto jurídico se presenta en virtud de la ejecución del contrato de aporte de naturaleza estatal con las EAS y en aras de garantizar el equilibrio económico del ICBF, como entidad aportante de los recursos financieros necesarios para la ejecución de los precitados contratos. Se destaca que la emisión de este documento no genera ninguna relación jurídica con los operadores de las EAS ni podrá ser constitutivo de la configuración del elemento de subordinación entre el ICBF y el personal vinculado a la EAS ni mucho menos considerarse como un elemento para determinar la existencia de una relación laboral administrativa.

Ahora bien, de los antecedentes relacionados en la solicitud allegada a esta Oficina Asesora Jurídica se tiene que con ocasión de la implementación de la emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional por causa del COVID-19, el ICBF implementó la estrategia “contacto sin contagio” a través de la cual se flexibilizó la atención en los servicios misionales de la Dirección de Primera Infancia.

En consecuencia, se decidió que se realizaría una atención remota a los usuarios que usualmente venían siendo atendidos por el personal vinculado a las EAS. En otras palabras, para proteger sus derechos a la salud y vida del personal de trabajo, se flexibilizó el servicio y el personal

empezó a prestar sus labores desde sus casas a partir del 20 de marzo, con fecha de finalización el 30 de julio del presente año.

Conforme a tales antecedentes, a partir del mes de abril la Dirección de Primera Infancia decidió suspender el pago del subsidio de transporte, bajo el fundamento de que la ley establece que este subsidio se reconoce para el traslado del trabajador a su sitio de trabajo y que cuando no hay lugar a este desplazamiento no aplica su pago.

Sin embargo, el 3 de junio corrientes, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 771 de 2020 el cual contempla que el empleador deberá reconocer el valor establecido para el auxilio de transporte como auxilio de conectividad digital a los trabajadores a partir de su entrada en vigencia. Como consecuencia de lo anterior, la Dirección de Primera Infancia realiza la siguiente pregunta:

- (...) ante la consulta de las regionales para ajustar sus presupuestos de tal manera que reflejen los gastos reales de la operación, surge la discrepancia, para el caso del cálculo del primer pago de la prima de servicios; si en el promedio del salario recibido por el trabajador durante el primer semestre se debe incluir el valor del subsidio de transporte para todos los meses como si se hubiese pagado sin interrupción, o si para hallar este promedio se debe descontar el subsidio de transporte de los meses de abril y mayo, ya que durante estos periodos el trabajador no recibió pagos por este concepto.

2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Con el objetivo de atender el cuestionamiento planteado por parte de la Dirección de Primera Infancia, es necesario realizar un análisis del marco de los contratos de aporte, para posteriormente estudiar la norma emanada por el Gobierno Nacional, bajo el amparo del estado de emergencia, decretado con ocasión de la pandemia.

2.1 Naturaleza jurídica de los contratos de aporte

En materia contractual, es pertinente recordar que de conformidad con lo establecido en la Ley 7 de 1979, modificada por la Ley 89 de 1988, «Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones», en el artículo 21, numeral 9º, se dispuso que «[e]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá entre sus funciones: “[...] Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo».

Del mismo modo, el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, en sus artículos 2.4.3.2.5 al 2.4.3.2.11, atendiendo la naturaleza especial del servicio público de bienestar familiar, consagró de manera expresa las facultades del ICBF para la contratación con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos. De acuerdo con la norma

indicada, cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

Por su parte, el Decreto - Ley 2150 de 1995, proferido con base en facultades otorgadas mediante la Ley 190 del mismo año, más conocida como «estatuto anticorrupción», en su artículo 122, estableció que para la prestación del servicio de bienestar familiar se podrán celebrar directamente los contratos con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar -SNBF-.

Por otro lado, en el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015 se fijan las cuantías mínimas para la garantía única en los contratos de aporte que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con lo señalado por la Ley 7ª de 1979, numeral 9 del artículo 21; Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, artículo 2.4.3.2.9 y, en concordancia, con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Instituto está debidamente facultado para celebrar contratos de aporte con entidades sin ánimo de lucro, para la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, los cuales son financiados por el Instituto y, por tales razones, no representan contraprestación económica con ánimo de lucro para los contratistas.

Es oportuno mencionar que el régimen especial de aporte se soporta en las especiales condiciones de los servicios de prevención y protección a que está obligado el Estado como corresponsable con la sociedad y las familias, de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, hecho que en sí mismo explica la existencia del referido régimen especial.

En este mismo marco, «[...] los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la prestación total o parcial del servicio (Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, art 2.4.3.2.10) su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado, este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta Ley a cuyo régimen se sujetan»¹.

Como se puede observar, este vínculo contractual público y atípico tiene como característica fundamental que el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, **con personal de su dependencia**², pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Es necesario precisar que el vínculo laboral o de prestación de servicios que se puede desarrollar corresponde al celebrado entre la Entidad Prestadora del Servicio y su personal. Analizando este aspecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio.

² Artículo 127 del Decreto 2388 de 1979.

“los “contratos de aportes” que celebra el ICBF con personas naturales no generan relación laboral entre ellos. Las personas naturales que desempeñan actividades de dirección u organización de los Hogares Infantiles, únicamente tienen relación laboral con las entidades encargadas de su administración y manejo, las cuales generalmente son organizaciones comunitarias no gubernamentales sin ánimo de lucro, o de naturaleza semejante. Además de las personas vinculadas por contrato laboral, hay otras cuya contribución del trabajo es voluntaria, en cumplimiento de las responsabilidades solidarias de protección a la niñez y por tanto no tienen carácter de trabajadores. Los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores oficiales. Las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF no configuran relación laboral con este organismo, pero eventualmente si con el Hogar Infantil correspondiente o con la organización comunitaria no gubernamental a cuyo cargo esté el Hogar. Los trabajadores que prestan los servicios y trabajan en favor de los Hogares Infantiles, no pueden presentar pliego de peticiones al ICBF porque éste no es su patrono laboral”³.

En esta misma providencia, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó:

(...) las personas que colaboran en los hogares infantiles mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios hogares infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos, en consecuencia no son empleados públicos ni son trabajadores oficiales.”

En este sentido, tanto a nivel legal como jurisprudencial, es claro que la EAS es quien celebra los contratos laborales o de prestación de servicios con el personal que requiera para desarrollar la labor que le ha sido encomendada en virtud del contrato de aporte. En consecuencia, es esa entidad la que se constituye en empleador o contratante de estas personas, siendo su obligación responder por todos los aspectos prestacionales que corresponden a cada uno de esos vínculos.

Por lo anterior, resulta claro que el ICBF no tiene competencia para desarrollar o intervenir en los asuntos laborales que se puedan generar en la ejecución de los contratos de aporte que celebra para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar, pues ello es de responsabilidad únicamente de la Entidad Administradora del Servicio.

2.2 Marco Jurídico Pago Auxilio de Transporte

Se debe iniciar indicando que para el año 2020 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2361 de 2019, “*por el cual se establece el auxilio de transporte*”, el cual dispuso:

³ Sentencias del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 907 del 2 de diciembre de 1996. Magistrado Ponente: Doctor Luis Camilo Osorio Isaza.

“ARTÍCULO 1. Auxilio de transporte para 2020. Fijar a partir del primero (1) de enero de dos mil veinte (2020), el auxilio de transporte a que tienen derecho los servidores públicos y los trabajadores particulares que devenguen hasta dos (2) veces el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en la suma de CIENTO DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$102.854.00) mensuales, que se pagará por los empleadores en todos los lugares del país, donde se preste el servicio público de transporte.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, la Ley 15 de 1959⁴ por la cual se crea el auxilio de transporte, se estableció:

“(…)

ARTICULO 2º II. (...) El Gobierno podrá decretar en relación con este auxilio las exoneraciones totales o parciales que considere convenientes, así como también podrá graduar su pago por escala de salarios o número de trabajadores, o monto del patrimonio del respectivo taller, negocio o empresa.

PARAGRAFO. El valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagará exclusivamente por los días trabajados” (Subrayado fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, el Decreto 1258 de 1959⁵, señaló en el mismo sentido lo siguiente:

“(…) **Artículo 5º.** El auxilio de transporte se pagará únicamente en los días en que el trabajador preste sus servicios al respectivo patrono, y cubrirá el número de viajes que tuviere que hacer para ir al lugar de trabajo y retirarse de él según el horario de trabajo. (...)” (Subrayado fuera del texto original)

En lo relacionado con el subsidio de transporte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, precisó :

(…) “Se desprende de lo anterior como lógica consecuencia y sin que sea indispensable acudir a los varios decretos reglamentarios cuya vigencia se discute, que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado a éste no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones”⁶ (Subrayado fuera del texto original)

(…) “Si el auxilio de transporte sólo se causa por los días trabajados (L.15/59, art. 2, par) y puede ser sustituido por el servicio gratuito del transporte que directamente establezca el patrono (art. 4º idem) es incontrovertible que su naturaleza jurídica no es, precisamente, la retribución de servicios sino, evidentemente, un medio de transporte en dinero o en servicio que se le da al trabajador para que desempeñe cabalmente sus funciones.”⁷ (Subrayado fuera del texto original)

⁴ Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por el cual se reglamenta la Ley 15 de 1959 sobre "Intervención del Estado en el Transporte", y "Creación del Fondo de Subsidio de Transporte.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral- Sección Primera. Radicación 1950 del 1 de julio de 1988. Magistrado Ponente: Doctor Manuel Enrique Daza Álvarez.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral- Sección Primera. Radicación 2994 del 30 de junio de 1989. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

Se observa entonces que el auxilio de transporte tiene como fin subsidiar los gastos que le ocasiona al trabajador, el transporte o desplazamiento desde su residencia al sitio de trabajo y de este nuevamente a su residencia, siempre que devengue hasta dos veces el salario mínimo legal mensual vigente- SMLMV.

2.3. Efectos de los Decretos Legislativos 491 y 771 de 2020 en los contratos de aporte

Realizadas las anteriores precisiones normativas relacionadas con el vínculo del ICBF y las Entidades Administradoras del Servicio (EAS) y el marco jurídico del del auxilio transporte, es pertinente analizar el Decreto Legislativo 491 de 2020⁸ expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en lo relativo a las medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y de las medidas para la protección laboral.

La mencionada disposición reconoce la necesidad de tomar medidas en materia de prestación de servicios a cargo de las entidades y organismos del Estado, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social, la flexibilización de la prestación del servicio de forma presencial, estableciendo mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales, de manera que se evite el contacto sin que ello afecte la continuidad y efectividad del servicio.

La norma en cuestión señala que la reglamentación parte del hecho de la problemática de salud pública presentada, la cual ha tenido el potencial de afectar distintos aspectos de la vida cotidiana, llevando al Gobierno Nacional ha adoptar medidas excepcionales con el fin de establecer la protección a los trabajadores, los empleadores y sus familias, el sostenimiento de los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales y mitigar los impactos negativos logrando una recuperación rápida y sostenida.

Es así como el Decreto estableció:

“Artículo 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. *“Para evitar el contacto entre propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones”*

De igual manera, estableció en el artículo 3:

⁸ Artículo 1. Ambito de aplicación. El presente Decreto aplica a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

“Parágrafo. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial”.

El ICBF ha realizado todas las acciones encaminadas a flexibilizar la prestación de los servicios de educación inicial a las niñas, los niños y las mujeres gestantes y en período de lactancia, que permitan garantizar los derechos a nuestra población objetivo. Lo anterior, se ha concretado a través de estrategias no presenciales, en observancia de las orientaciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social para la prevención del contagio y las consideraciones frente a las personas diagnosticadas con COVID-19, como lo es el confinamiento obligatorio.

Así las cosas y dada la problemática de salud pública, se implementó la estrategia para atender la emergencia sanitaria bajo la premisa “contacto sin contagio”, con la atención remota a los usuarios que usualmente venían siendo atendidos a través de los contratos de aporte por las EAS a cargo de su operación, a partir de lo cual el talento humano vinculado desarrollaría las actividades correspondientes desde casa, evitando así la vulneración de los derechos a la salud, vida e integridad, motivo por el cual los operadores suspendieron el auxilio de transporte a partir del 1 de abril y hasta el 30 de julio mientras dura la flexibilización del servicio por la emergencia sanitaria COVID 19.

Lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo para atender los efectos del COVID-19, el cual expidió la Circular No. 0021 de 2020, en la que se desarrollan las distintas modalidades que se pueden adoptar por parte de los empleadores y las entidades públicas para la protección del empleo con ocasión de la fase de contención de COVID-19. Entre estas se concibe el teletrabajo y el trabajo en casa, los cuales son adoptados como alternativas para hacer frente a la situación de excepción y cuidar la salud de los servidores. Es decir, a diferencia del marco legal referido, la justificación de estas no es la aplicación de una estrategia institucional o una modalidad de administración pública, sino que está atada a promover al autocuidado del empleado y de su familia.

Siguiendo con el contexto anterior y ante la necesidad de promover las actividades remotas, que aporten al distanciamiento social requerido para preservar la salud y la vida de los ciudadanos en el marco de la pandemia mundial generada por el SARS-CoV-2, se expidió el Decreto 771 de 2020. La citada normativa, fundada en el cambio de la realidad laboral, dispuso que era necesario realizar un cambio en la destinación del auxilio de transporte por auxilio de conectividad para aquellos trabajadores que, a causa de la emergencia sanitaria se encuentran desarrollando su actividad laboral en su domicilio, de forma tal que dichos empleados puedan ejercer sus actividades de manera remota y particularmente a través de Internet.

Es así, como el artículo 1º del Decreto 771 de 2020 del 3 de junio de 2020 dispuso:

“Artículo 1º. Adición de un párrafo transitorio al artículo 2º de la Ley 15 de 1959. Párrafo transitorio. De manera temporal y transitoria, mientras esté vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, el empleador deberá reconocer el valor establecido para el auxilio de transporte como auxilio de conectividad digital a los trabajadores que devenguen hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y que desarrollen su labor en su domicilio. El auxilio de conectividad y el auxilio de transporte no son acumulables.

Lo anterior no será aplicable a los trabajadores que se desempeñan en la modalidad de teletrabajo, a quienes les seguirán siendo aplicables las disposiciones de la Ley 1221 de 2008” (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la realidad laboral que sigue persistiendo, el Gobierno Nacional hizo necesario realizar un cambio en la destinación del auxilio de transporte de aquellos trabajadores que, a causa de la emergencia sanitaria se encuentren desarrollando sus actividades laborales en sus domicilios, de forma que el mismo pueda ser empleado para el acceso a los servicios de conectividad requeridos.

2.4 Respuesta a los interrogantes

Sentado este marco jurídico, se procede a dar respuesta a la pregunta planteada por la Dirección de Primera Infancia:

- (...) *ante la consulta de las regionales para ajustar sus presupuestos de tal manera que reflejen los gastos reales de la operación, surge la discrepancia, para el caso del cálculo del primer pago de la prima de servicios; si en el promedio del salario recibido por el trabajador durante el primer semestre se debe incluir el valor del subsidio de transporte para todos los meses como si se hubiese pagado sin interrupción, o si para hallar este promedio se debe descontar el subsidio de transporte de los meses de abril y mayo, ya que durante estos periodos el trabajador no recibió pagos por este concepto.*

Es importante recordar que la normatividad laboral colombiana, en particular lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo frente a los elementos que constituyen y no constituyen el salario, en los artículos 127 y 128 preceptúa:

*“(…) Artículo 127 **Constituye salario** no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones (...).*

*Artículo 128. **Pagos que no constituyen salarios:** No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación,*

medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad (...). (Subrayado del texto original).

Sin embargo, a pesar de que el auxilio de transporte no constituye salario, este sí debe tenerse en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales a cargo del empleador, siendo esta una excepción legal en la materia, tal y como lo señala la Ley 1 de 1963¹⁰ que en el artículo 7º dispuso:

“Artículo 7º. Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios”.

Como quedó expuesto anteriormente, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha establecido que no hay lugar al auxilio de transporte si el empleado no lo necesita realmente. Así, si el empleado no se tiene que desplazar para desarrollar sus labores no es obligatorio que el empleador otorgue el auxilio de transporte. **De lo expuesto, se entiende ajustada al ordenamiento jurídico la decisión de la Dirección de Primera Infancia de haber suspendido el cálculo del auxilio de transporte dentro de los recursos de los contratos de aporte que ejecutan las EAS una vez fue implementada la estrategia “contacto sin contagio” del ICBF.**

Ahora bien, como se expuso el 3 de junio corrientes, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 771 de 2020 mediante el cual determinó que se realizaría un cambio en la destinación del auxilio de transporte como auxilio de conectividad digital a aquellos los trabajadores que se encuentran desarrollando su actividad laboral en su domicilio a causa de la emergencia sanitaria. En ese sentido, a partir de esa fecha, quienes ostentan el derecho al auxilio de transporte y que se encuentren realizando trabajo en casa, deben recibir el auxilio de conectividad como equivalente legal de aquel.

Es importante resaltar que el artículo 2 del citado decreto hace mención a la vigencia de la disposición normativa, a saber: *“Vigencia. Este decreto rige a partir de su publicación”*. En ese sentido, con el fin de resolver el interrogante planteado por la Dirección de Primera Infancia, es importante resaltar que la precitada disposición: (i) no tiene efectos retroactivos, y por consiguiente, (ii) no es procedente realizar el cálculo de la prima de servicios de junio por un concepto que no fue reconocido legalmente y pagado durante el primer semestre del 2020.

Consecuente con ello, para el pago de la prima de servicios se debería incluir el valor del subsidio de transporte de los meses que efectivamente fueron pagados. En otras palabras, para el caso del cálculo del primer pago de la prima de servicios se debería excluir el valor del auxilio de transporte de abril y mayo del presente año, en tanto este no fue pagado debido a que los

¹⁰ Por la cual se dictan normas sobre reajustes de salarios, se conceden unas autorizaciones al Gobierno y se dictan otras disposiciones.

trabajadores ejercieron sus labores desde sus hogares por el aislamiento obligatorio dictado por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia por el virus SARS-CoV-2.

Finalmente, es importante reiterar, que el presente concepto jurídico se presenta en virtud de la ejecución del contrato de aporte de naturaleza estatal con las EAS y, en aras de garantizar el equilibrio económico del ICBF como entidad aportante de los recursos financieros necesarios para la ejecución de los precitados contratos. Sin embargo, esto no implica que se genere una relación laboral administrativa entre el personal vinculado a la EAS y el ICBF.

La Oficina Asesora Jurídica responde el interrogante planteado sin perjuicio del manejo contractual de ejecución de recursos que corresponde a la Dirección de Contratación, pues, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 987 de 2012, es esa dependencia la encargada de establecer los lineamientos jurídicos que en la materia deben adelantar las Direcciones Regionales y demás dependencias del ICBF.

El presente documento tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público de bienestar, o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe de la Oficina Asesora Jurídica